

#### 4.1. Internationales Privatrecht – allgemein / Droit international privé – en général

##### (5) Provisorische Rechtsöffnung als Vollstreckungsverfahren nach Art. 22 Nr. 5 LugÜ/EuGVVO?

Bundesgericht, Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Sparkasse Z. (Beschwerde in Zivilsachen), 5A\_36/2010 vom 7. Oktober 2010.

Mit Bemerkungen von Prof. Dr. ALEXANDER R. MARKUS,  
Rechtsanwalt, Universität Bern



#### I. Die Entscheidung

##### 1. Zusammenfassung des Sachverhalts

Die Sparkasse Y., in B., Deutschland, hat mit Zahlungsbefehl vom 5. März 2008 X. (Beschwerdeführer) mit Wohnsitz in A. (Kanton Luzern) über den Betrag von 3'161'400 Franken nebst 5 % Zins seit 3. März 2008 betrieben. Die Sparkasse stützte ihre Forderung auf einen vom Betriebenen als Selbstschuldner unterzeichneten Bürgschaftsvertrag vom 9./10. November 2006 über 2'000'000 €, mit welchem Forderungen der Sparkasse gegen die W. GmbH aus einem Rahmenvertrag für Fremdwährungsdarlehen gesichert worden sein sollen. In diesem Bürgschaftsvertrag ist B., Deutschland, als Gerichtsstand bestimmt. Der Betriebene erhob Rechtsvorschlag.

Auf Gesuch um provisorische Rechtsöffnung vom 28. Mai 2008 hin erteilte der Amtsgerichtspräsident III von Luzern-Land mit Entscheid vom 2. September 2009 der Sparkasse Z. (Beschwerdegegnerin), welche die Sparkasse Y. in der Zwischenzeit übernommen hatte und ebenfalls Sitz in B. hat, die provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von 3'161'400 Franken nebst 5 % Zins seit 4. März 2008.

Ein von X. gegen diesen Rechtsöffnungsentscheid an das Obergericht des Kantons Luzern erhobener Rekurs blieb im Wesentlichen erfolglos. Das Obergericht erteilte mit Entscheid vom 24. November 2009 die provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von 3'124'812.45 Franken nebst 5 % Zins seit 27. Januar 2009.

Am 13. Januar 2010 hat X. Beschwerde in Zivilsachen erhoben. Er beantragt, den Entscheid des Obergerichts vom 24. November 2009 aufzuheben und auf das Rechtsöffnungsgesuch mangels örtlicher Zuständigkeit nicht einzutreten. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

##### 2. Auszug aus den Erwägungen

«3.1 Die provisorische Rechtsöffnung fällt in den Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens (BGE 130 III 285 E. 5.2 S. 291). Insbesondere stellt sie keine Ausnahme gemäss Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 LugÜ (SR 0.275.11) dar. Ob im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung der Gerichts-

stand gemäss Art. 2 LugÜ oder sonst ein Erkenntnisgerichtsstand des Lugano-Übereinkommens eingehalten werden muss oder ob das Verfahren unter Art. 16 Ziff. 5 LugÜ fällt, hat das Bundesgericht bisher offengelassen (BGE 130 III 285 E. 5.2 S. 291).

Der allgemeine Wohnsitz- (Art. 2 LugÜ) und der Zwangsvollstreckungsgerichtsstand (Art. 16 Ziff. 5 LugÜ i.V.m. Art. 84 Abs. 1 und Art. 46 Abs. 1 SchKG) sind vorliegend identisch. Zu prüfen ist aber, ob die provisorische Rechtsöffnung Gegenstand einer Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 17 LugÜ) bilden kann. Dabei geht es von vornherein nicht um die Prorogation eines ausländischen Gerichtsstandes, da im Ausland die spezifisch schweizerische Besonderheit des Rechtsöffnungsverfahrens nicht bekannt ist, sondern einzig um die Derogation der schweizerischen Rechtsöffnungszuständigkeit.

3.2. Einer Gerichtsstandsvereinbarung kommt gemäss Art. 17 Abs. 3 LugÜ keine rechtliche Wirkung zu, wenn die Gerichte, deren Zuständigkeit abbedungen wird, aufgrund von Art. 16 LugÜ ausschliesslich und damit auch zwingend (GERHARD WALTER, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3. A. 2002, S. 218) zuständig sind. Ob die provisorische Rechtsöffnung unter Art. 16 Ziff. 5 LugÜ BGE 136 III 566 S. 568 fällt, ist in der Lehre umstritten. Während sich ein Teil der Doktrin dafür ausspricht (namentlich PAUL VOLKEN, Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen [1993], SZIER 1994 S. 398 ff., 408 ff.; DERS., Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen [1995], SZIER 1996 S. 96 f.; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. I, 1999, N. 93 zu Art. 82 SchKG; SPÜHLER/INFANGER, Anwendung des LugÜ, insb. von Art. 16 Ziff. 5 LugÜ, auf SchKG-Klagen, in: Aktuelle Probleme des nationalen und internationalen Zivilprozessrechts, Spühler [Hrsg.], 2000, S. 121 ff.; MYRIAM GEHRI, Wirtschaftsrechtliche Zuständigkeiten im internationalen Zivilprozessrecht der Schweiz, 2002, S. 164; ANDRÉ SCHMIDT, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 4 zu Art. 84 SchKG, der zudem den Anwendungsbereich des LugÜ nicht für eröffnet hält), vertreten zahlreiche Autoren die gegenteilige Ansicht (insb. ALEXANDER R. MARKUS, Lugano-Übereinkommen und SchKG-Zuständigkeiten, 2. A. 1997, S. 66 ff., 176 f.; DERS., in: Kommentar zum Lugano-Übereinkommen [LugÜ], Dasser/Oberhammer [Hrsg.], 2008, N. 20 ff. zu Art. 16 Nr. 5 LugÜ; YVES DONZALAZ, La Convention de Lugano, Bd. III, 1998, N. 6383; MATTHIAS STAEHELIN, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 1998, N. 20 zu Art. 30a SchKG; DANIEL STAEHELIN, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 1998, N. 24 zu Art. 84 SchKG; WALTER, a.a.O., S. 234, bzw. 4. A. 2007 [zu Art. 22 Ziff. 5 des revidierten LugÜ], S. 248). Auch die kantonale Rechtsprechung zeichnet kein einheitliches Bild (für die Unterstellung unter Art. 16 Ziff. 5 LugÜ etwa: Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 15. März 1995, in: SJZ 92/1996 S. 32 f. und SZIER 1996 S. 94 ff.; Urteil des Kantonsgerichts

Wallis vom 28. Oktober 1997, in: Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung [ZWR] 1998S. 140 ff.; Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 30. Mai 1996, in: Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide [LGVE] 1996 I Nr. 45 und SJZ 94/1998 S. 368 f. Gegen die Unterstellung z.B.: Urteile der Cour de justice civile de Genève vom 17. August 1993, in: SZIER 1994 S. 395 ff., 405 ff.; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. September 2002, in: Blätter für Zürcherische Rechtsprechung [ZR] 102/2003 Nr. 1). Für die Anwendung von Art. 16 Ziff. 5 LugÜ auf die Rechtsöffnung spricht sich schliesslich auch die bundesrätliche Botschaft zum Lugano-Übereinkommen aus, welche allerdings definitive und provisorische Rechtsöffnung nicht unterscheidet (Botschaft vom 21. Februar 1990 betreffend das Lugano-Übereinkommen, BBl 1990 II 308 f. Ziff. 226.6).

3.3. Die Auffassung, wonach die provisorische Rechtsöffnung nicht unter Art. 16 Ziff. 5 LugÜ falle, wird im Wesentlichen damit begründet, dass es sich bei ihr im System des Lugano-Übereinkommens nicht um ein Zwangsvollstreckungs-, sondern um ein Erkenntnisverfahren, also um ein materiellrechtliches Verfahren, handle. Das Bundesgericht hat allerdings stets an der rein betreibungsrechtlichen Natur des Verfahrens auf provisorische Rechtsöffnung festgehalten. Der Rechtsöffnungsrichter befindet sich nicht über den Bestand der in Betreibung gesetzten Forderung, sondern einzig über deren Vollstreckbarkeit (BGE 133 III 399 E. 1.5 S. 400). In diesem Abschnitt des Betreibungsverfahrens entscheidet das Gericht, ob die Zwangsvollstreckung weitergeführt werden kann, d.h. der erhobene Rechtsvorschlag aufzuheben ist, oder ob die Betreibung eingestellt bleibt (Art. 78 Abs. 1 SchKG) und der Gläubiger somit zur Durchsetzung seines Anspruchs auf den ordentlichen Prozessweg verwiesen wird. Ziel des Verfahrens auf provisorische Rechtsöffnung ist also nicht, über die Existenz der in Betreibung gesetzten Forderung, sondern über die Existenz eines Vollstreckungstitels zu befinden, und als Vollstreckungstitel dient einzig eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG (zum Ganzen BGE 120 Ia 82 E. 6c S. 85; BGE 132 III 140 E. 4.1.1 S. 141 f. mit Hinweisen; Urteil 4A\_119/2009 vom 9. Juni 2009 E. 2.1, in: SJ 2010 I S. 58). Dass im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens vorfrageweise auch gewisse materiellrechtliche Punkte zu berücksichtigen sind, ändert an der Rechtsnatur desselben nichts (BGE 133 III 399 E. 1.5 S. 400). Der materielle Forderungsprozess folgt erst nach dem Rechtsöffnungsentscheid und auch nur dann, wenn die Parteien die Initiative hierzu ergreifen. Tun sie es nicht, bleibt je nach Ausgang des Rechtsöffnungsverfahrens die Zwangsvollstreckung entweder eingestellt oder sie kann ihren Fortgang nehmen, ohne dass die Begründetheit der Forderung je geprüft worden wäre. Der allfällige Forderungsprozess wird zudem inhaltlich durch das vorangegangene Rechtsöffnungsverfahren nicht präjudiziert. Dem Urteil im Rechtsöffnungsprozess kommt aufgrund des anders gelagerten Streitgegenstands keine Rechtskraftwirkung für den späteren Forderungsprozess zu (Urteil 4A\_119/2009 vom

9. Juni 2009 E. 2.1, in: SJ 2010 I S. 58; statt vieler PETER STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, 2000, S. 160). Der Ausgang des Rechtsöffnungsverfahrens beeinflusst lediglich die Parteilollenverteilung für den materiellen Prozess: Nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung muss der Betriebene Aberkennungsklage erheben (Art. 83 Abs. 2 SchKG), wenn er den Fortgang der Betreibung verhindern will. Die Aberkennungsklage als materiellrechtliche Klage untersteht den Zuständigkeitsregeln von Art. 2 ff. LugÜ, wenn die Voraussetzungen für dessen Anwendbarkeit gegeben sind (BGE 130 III 285 E. 3.2 S. 288 f.). Der Schuldner kann den materiellen Bestand der Forderung auch in späteren Stadien der Zwangsvollstreckung bzw. nach Abschluss derselben noch überprüfen lassen (vgl. Art. 85a und Art. 86 SchKG). Wird die provisorische Rechtsöffnung hingegen nicht erteilt, liegt es am Gläubiger, mit der sogenannten Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG) den Bestand der behaupteten Forderung gerichtlich klären zu lassen. Die vom Schuldbetreibungsrecht vorgesehene Abfolge von provisorischer Rechtsöffnung und Forderungsprozess zeigt, dass es sich beim vorausgehenden Rechtsöffnungsverfahren nicht um ein Erkenntnisverfahren handeln kann. Die Aneinanderreihung zweier materiellrechtlicher Verfahren erschiene kaum sinnvoll. Die Eigenart des Verfahrens auf provisorische Rechtsöffnung muss bei der Einordnung in das Lugano-Übereinkommen berücksichtigt werden. Unter Art. 16 Ziff. 5 LugÜ fallen Verfahren, die unmittelbar die Zwangsvollstreckung zum Gegenstand haben (vgl. GEIMER/SCHÜTZE, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. A., München 2010, N. 272 zu Art. 22 EuGVVO). Der Bezug der provisorischen Rechtsöffnung zur Zwangsvollstreckung ist nach dem Gesagten dermassen eng, dass dieses Verfahren unter Art. 16 Ziff. 5 LugÜ zu subsumieren ist. Der Gerichtsstand der provisorischen Rechtsöffnung steht somit nicht zur Disposition der Parteien und kann demgemäss in einer Gerichtsstandsklausel nicht derogiert werden (vgl. LAURENT KILLIAS, Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen, 1993, S. 138 f.). Die Beschwerdegegnerin hat somit zurecht vor einem Schweizer Gericht um provisorische Rechtsöffnung ersucht. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.»

## II. Bemerkungen

### 1. Fragestellung und Hintergrund

In vorliegender Entscheidung geht es um eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten einer deutschen Zuständigkeit und die Frage, ob das schweizerische Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung von der Gerichtsstandsvereinbarung erfasst wird. Deshalb muss das Bundesgericht die provisorische Rechtsöffnung unter dem LugÜ (revidiertes Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [Lugano-Übereinkommen, LugÜ], SR 0.275.12, seit dem 1. Januar 2011 in Kraft) qualifizieren: Ordnet es sie als Erkenntnis-

verfahren ein, so greift eine allfällige Gerichtsstandsvereinbarung und der Rechtsöffnungsantrag am schweizerischen Vollstreckungsgerichtsstand (Betreibungsort) muss mangels Zuständigkeit zurückgewiesen werden. Ordnet es sie jedoch als Vollstreckungsverfahren ein, so verhindert die zwingende Natur der Vollstreckungszuständigkeit jede Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung, so dass die provisorische Rechtsöffnung am schweizerischen Betreibungsort stattfinden kann.

Als Bestandteil des schweizerischen Zivilprozessrechts regelt das schweizerische Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG], SR 281.1) die Vollstreckung von Forderungen oder Sicherheiten in Geld. Die vorliegende Entscheidung betrifft ein Prozessgefäss des *Einleitungsverfahrens zum SchKG*. Dieses sei nachfolgend am Beispiel der Betreibung auf Pfändung und Konkurs kurz erläutert.

Der Gläubiger stellt ein *Betreibungsbegehren* beim zuständigen Betreibungsamt (Art. 67 ff. SchKG). Das Betreibungsamt fertigt den *Zahlungsbefehl* aus und stellt diesen dem Schuldner zu. Der Schuldner wird darin aufgefordert, die in Betreibung gesetzte Schuld zu begleichen oder sich gegen den Zahlungsbefehl mittels *Rechtsvorschlag* zur Wehr zu setzen (Art. 69 ff. SchKG). Handelt der Schuldner nicht, so wird das Verfahren weitergeführt. Erhebt er demgegenüber *Rechtsvorschlag* (Art. 74 ff. SchKG), so wird das Betreibungsverfahren gestoppt und der Gläubiger muss beim Rechtsöffnungsgericht die *Beseitigung des Rechtsvorschlags* (Art. 79 und Art. 84 SchKG) mit Rechtsöffnungsentscheid verlangen, damit der Zahlungsbefehl rechtskräftig werden kann. Dies geschieht im summarischen Rechtsöffnungsverfahren. Beim Rechtsöffnungsentscheid wird unterschieden zwischen dem definitiven Rechtsöffnungsentscheid, der ohne materiellrechtliche Prüfung der behaupteten Forderung ergeht, und dem provisorischen Rechtsöffnungsentscheid. Erstere Entscheidung setzt einen *definitiven Rechtsöffnungstitel* (Art. 80 f. SchKG) voraus, also etwa einen rechtskräftigen in- oder ausländischen Gerichtsentscheid oder eine vollstreckbare öffentliche Urkunde. Liegt bloss eine privatschriftliche oder öffentlich beurkundete Schuldanerkennung vor (*provisorischer Rechtsöffnungstitel*; Art. 82 f. SchKG), so entscheidet das Gericht aufgrund dieses Beweismittels im summarischen Verfahren über den Bestand der Forderung, wobei der Schuldner glaubhafte und liquide Einreden des materiellen Rechts vorbringen kann. Der provisorische Rechtsöffnungsentscheid beseitigt den *Rechtsvorschlag* nur unter der Voraussetzung, dass der Schuldner innert 20 Tagen keine Aberkennungsklage einreicht (Art. 83 Abs. 2 SchKG). Reicht er diese negative Feststellungsklage ein, so wird der Bestand der Forderung in diesem «ordentlichen» Verfahren einlässlich geprüft.

Im Fall eines *Rechtsvorschlags* kann der Gläubiger aber auch direkt den Klageweg beschreiten (Art. 79 SchKG; Anerkennungsklage) und neben dem Begehren in der Sache auch die Beseitigung des *Rechtsvorschlags* verlangen.

Beseitigt das Gericht den *Rechtsvorschlag*, so wird der Zahlungsbefehl rechtskräftig, womit der Weg zur Zwangsvollstreckung frei ist. Der Gläubiger kann das Fortsetzungsbegehren stellen (Art. 83 SchKG).

Das Einleitungsverfahren SchKG dient auf zweifache Weise der *Vorbereitung* der eigentlichen Zwangsvollstreckung: Vorerst bietet es mit dem Zahlungsbefehl eine qualifizierte Zahlungsaufforderung (Vollstreckungsandrohung) an den Schuldner (KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 17 N 2; ALEXANDER R. MARKUS, Lugano-Übereinkommen und SchKG-Zuständigkeiten: Provisorische Rechtsöffnung, Aberkennungsklage und Zahlungsbefehl, 2. A. Basel 1997, 17), und zwar unabhängig davon, ob bereits ein Vollstreckungstitel vorliegt oder nicht (*Mahnfunktion*). Wenn kein Vollstreckungstitel vorliegt, dienen die Anerkennungsklage oder alternativ die provisorische Rechtsöffnung in Verbindung mit der Aberkennungsklage zudem der Abklärung der materiellen Berechtigung des Gläubigers zur Zwangsvollstreckung (*Mahnkontrolle beim untitulierten Zahlungsbefehl*; AMONN/WALTHER § 15 N 2 ff.; vgl. ANNETTE DOLGE, Internationale Zuständigkeit für zwangsvollstreckungsrechtliche Klagen nach dem revidierten Lugano-Übereinkommen, Zürich 2009, 73; ALEXANDER R. MARKUS, Zahlungsbefehl als Mahntitel nach dem revidierten Lugano-Übereinkommen, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Alexander R. Markus/Rodrigo Rodriguez [Hrsg.], Internationaler Zivilprozess 2011, Bern 2010, 71 f.). Eine solche Mahnkontrolle findet nur statt, wenn der Schuldner gegen den Mahntitel in Form eines *Rechtsvorschlags* opponiert. Das Einleitungsverfahren des SchKG enthält somit eine Mischung aus Vollstreckungs- und Erkenntniselementen, und die darin eingebundenen Erkenntnisverfahren üben notwendigerweise eine materiell- und vollstreckungsrechtliche Doppelfunktion aus (MARKUS, LugÜ, 63; GERHARD WALTER, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. A., Bern/Stuttgart/Wien 2007, 248).

Die herrschende Lehre und die überwiegende kantonale Rechtsprechung lassen die provisorische Rechtsöffnung lediglich an einem Erkenntnisgerichtsstand zu.

Betrachtung des provisorischen Rechtsöffnungsverfahrens als *Erkenntnisverfahren* in *Materialien und Lehre*: Bericht vom 28. Mai/8. Juli 1993 der Expertengruppe für die Prüfung der Anpassungsbedürftigkeit der Revisionsvorlage SchKG an das Lugano-Übereinkommen vom 16.9.1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Ziff. 4.4.2.2.; SÉBASTIEN BESSON, Commandement de payer, mainlevée provisoire et Convention de Lugano, AJP/PJA 1995, 1137; ANDREAS BUCHER/ANDREA BONOMI, Droit international privé, 2. A., Basel/Genf/München 2004, N 146; YVES DONZALLAZ, La Convention de Lugano, Bd. III, Bern 1998, N 6383; RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997–2000, § 213 N 46; PETER GOTT-



WALD, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, 3. A., München 2008, Art. 22 N 48; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, Commandement de payer, mainlevée provisoire, action en libération de dette et Convention de Lugano, SJ 1995, 560; LAURENT KILLIAS, Internationale Zuständigkeit für Arrest- und Arrestprosequierungsverfahren in der Schweiz, RIW 1996, 1008; GEORG LEUCH et al., Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, Art. 32 N 5c/ee; ADRIAN LOBSIGER, Vollstreckbare öffentliche Urkunden im schweizerisch-deutschen Rechtsverkehr, BN 1995, 9 f.; PETER MANKOWSKI, in: Thomas Rauscher [Hrsg.], Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIZPR, Bearbeitung 2011, München 2011, Art. 22 N 60; MARKUS, LugÜ 66 ff., 176 f., 323 ff.; ISAAK MEIER/MIGUEL SOGO, Internationale Zuständigkeit für Klagen des Vollstreckungsschuldners im schweizerischen Recht, FS Schlosser, Tübingen 2005, 585 f., 590 [vgl. allerdings ISAAK MEIER, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht mit Gerichtsstandsgesetz, 2. A., Zürich 2005, 171]; BEAT MÜLLER, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen im Bereich des Schuldrechts, Diss. St. Gallen 1994, 74 f.; ROLF LACKMANN, in: Hans Joachim Musielak [Hrsg.], Kommentar zur Zivilprozessordnung, 7. A., München 2009, Art. 22 N 12; RUDOLF OTTOMANN, Der Arrest, in: Isaak Meier [Hrsg.], Aktuelle Fragen des SchKG nach revidiertem Recht, Basel 1996, 88 f.; HANSJÖRG PETER, La LP et la Convention de Lugano, JdT 2002, 7 ff.; PETER SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, 3. A., München 2009, Art. 22 N 29, Art. 23 N 28; ERNST F. SCHMID/BRIGITTE KNECHT Schiedsvereinbarung und provisorische Rechtsöffnung, SJZ 2009, 543 f.; IVO SCHWANDER, Neuerungen in den Bereichen der Rechtsöffnung sowie der Aufhebung oder Einstellung der Betreibung, aber fehlende Regelung von Exequaturverfahren im SchKG, in: SAV, Das revidierte Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Bern 1995, 41; KURT SIEHR, Entwicklungen im schweizerischen internationalen Privatrecht, SJZ 1997, 67 f.; DANIEL STAEHELIN, in: A. Staehelin/Th. Bauer/D. Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A., Basel 2010, Art. 84 N 24; ebda. MATTHIAS STAEHELIN, Art. 30a N 14; WALTER A. STOFFEL, Ausschliessliche Gerichtsstände des Lugano-Übereinkommen und SchKG-Verfahren, in: Ivo Schwander/Walter Stoffel (Hrsg.), FS Oscar Vogel, Freiburg 1991, 379; DOMINIK VOCK, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, Basel 2009, Art. 84 N 9; OSCAR VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. A., Bern 1999, 4. Kap. N 68 (offen gelassen in OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. A., Bern 2006, 4. Kap. N 68); ALFONS VOLKEN, Die örtliche Zuständigkeit gemäss Lugano-Übereinkommen, AJP/PJA 1992, 138 f.; WALTER, IZPR, 248; im Ergebnis ebenso DOLGE, 73, und PETER STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, 51; für eine Durchführung am *Betreibungsort*, sofern in der Schweiz nach LugÜ eine in-

ternationale Zuständigkeit besteht [was aber eine Verletzung der örtlichen Zuständigkeitsvorschriften des LugÜ zur Folge haben kann]: KARL SPÜHLER, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2011, N 342.

Betrachtung des provisorischen Rechtsöffnungsverfahrens als *Erkenntnisverfahren* in der *Rechtsprechung*: Cour de justice civile GE 17.8.1993, SZIER 1994, 395 ff., sowie zwei Entscheidungen v. 17.8.1993, SZIER 1994, 405 ff. [Anm. P. VOLKEN]; KG VS 21.10.1994, RVJ 1994, 312 ff., SZIER 1995, 23 ff. [Anm. P. VOLKEN]; OG ZH, ZR 102 [2003], Nr. 1; BG See v. 24.1.1992, SZIER 1994, 424 [Anm. P. VOLKEN]; BG ZH 31.7.1996, ZR 97 [1998] Nr. 14; Ziv.Ger. BS 9.6.1997, BJM 1998, 211 ff.; BG-Präsident Arlesheim 31.5.1994, BJM 1994, 317 ff., SZIER 1995, 42 ff. [Anm. P. VOLKEN]; KG-Ausschuss GR 21.5.1997, PKG 1997, Nr. 10; Rekurskommission TG, RBOG 1999, Nr. 21; OG ZH 2.9.2002, ZR 102 [2003], 1 ff.; OG LU 29.3.2005, Rs. SK 05 14, LGVE 2005 I, 110 f.; App.Ger des KG FR 21.12.2009, Rs. 102 2009–177, RFJ 2009, 237, E. 2.a; HG SG 25.3.2010, Rs. HG.2010.10, E. 3.b.; offen, jedoch tendenziell in Richtung Erkenntnisverfahren noch BGE 130 III 285 E. 5.2 (vgl. dazu ALEXANDER R. MARKUS, LugÜ und SchKG-Einleitungsverfahren, Bemerkungen zu BGE 130 III 285, AJP/PJA 2006, 370).

Das Bundesgericht (BGE 136 III 566) hingegen nimmt gestützt auf die Minderheitsmeinung eine Einordnung als *Vollstreckungsverfahren unter Art. 16 Nr. 5 aLugÜ* vor.

Betrachtung als *Vollstreckungsverfahren* nach Art. 16 Nr. 5 aLugÜ bzw. 22 Nr. 5 LugÜ in Materialien und *Lehre*: Botschaft betreffend das Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 21. Februar 1990, BBl 1990 II, 265 ff., Ziff. 226.6; STEPHEN V. BERTI, SZZP 2011, 62 f.; MYRIAM A. GEHRI, Wirtschaftsrechtliche Zuständigkeiten im internationalen Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 2002, 164; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1999–2003, Art. 82 N 93; SABINE KOFMEL, Die Rechtsöffnung gemäss revidiertem SchKG, AJP/PJA 1996, 1353; JOLANTA KREN, Anerkennbare und vollstreckbare Titel nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen, FS Vogel [1991], 460 Fn. 195 [aber Betrachtung als anerkenn- und vollstreckbarer Titel]; PAOLO M. PATOCCHI, La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers selon la Convention de Lugano du 16 septembre 1988, in: Nicolas Gillard [Hrsg.], L'espace judiciaire européen, Lausanne 1992, 106 f.; MATTEO PEDROTTI, Le séquestre international, Zürich 2001, 378 f.; ANDRÉ SCHMIDT, Note sur la coexistence possible entre la procédure de mainlevée provisoire et l'action en libération de dette selon la Convention de Lugano, SJ 1996, 14 ff.; KARL SPÜHLER/DOMINIK INFANGER, Anwendung des LugÜ, insbesondere Artikel 16 Nr. 5 LugÜ auf SchKG Klagen, in: KARL SPÜHLER [Hrsg.], Aktuelle Probleme des nationalen und internationalen Zivilprozessrechts, Zürich 2000, 122; PAUL VOL-

KEN, Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen [1995], SZIER 1996, 99; FRANÇOIS VOUILLOZ, La compétence du juge de la mainlevée provisoire selon la Convention de Lugano, SZIER 1995, 61 f.; unbestimmt HANS-ULRICH WALDER, Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen, in: Ivo Schwander [Hrsg.], Das Lugano-Übereinkommen, St. Gallen 1990, 154 f.; unklar THOMAS WEIBEL [zwar für Einordnung unter Art. 16 Nr. 5 aLugÜ: Aberkennungsklagegerichtsstand am schweizerischen Betreibungsort im euro-internationalen Verhältnis?, BJM 2004, 174 f., 176, 178, 184; jedoch gleichzeitig für Unterstellung unter Art. 2 LugÜ ebda. 171 f.; DERS., Aberkennungsklagegerichtsstand am schweizerischen Betreibungsort im euro-internationalen Verhältnis zum Zweiten: Einige Bemerkungen zu BGE 130 III 285, Jusletter 4.10.2004, N 22]; keine Einordnung ins Zuständigkeitssystem des LugÜ: RICHARD GASSMANN, Arrest im internationalen Rechtsverkehr, Zürich 1998, 166 f., 168 f.

Betrachtung als *Vollstreckungsverfahren* in der *kantonalen Rechtsprechung*: KG VS 15.3.1995, SJZ 1996, 32 f. [Anm. VOUILLOZ], SZIER 1996, 94 ff. [Anm. P. VOLKEN]; KG VS 28.10.1997, ZWR 1998, 140 ff.; KG VD 5.12.1994, SZIER 1995, 29 ff. [Anm. P. VOLKEN]; Trib. app. Lugano v. 19.2.1996, SZIER 1997, 353 ff. [Anm. P. VOLKEN]; OG LU 30.5.1996, SJZ 1998, 368 f.; Amtsgericht LU-Stadt 14.11.1996, ZIP 1998, 117) zum aLugÜ (Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988, SR 0.275.11).

Bei der Entscheidung ist zu bedauern, dass sie auf die zahlreichen Argumente der herrschenden Lehre und der überwiegenden kantonalen Rechtsprechung kaum eingeht (GEORG NÄGELI, Der Gerichtsstand am Betreibungsort für Rechtsöffnungsverfahren kann nicht derogiert werden, in: Push-Service Entscheide, publiziert am 23. November 2010). Das Bundesgericht enthält sich insbesondere jeder funktionalen und rechtsvergleichenden Betrachtung, obwohl diese erstes und unverzichtbares Element einer staatsvertragsautonomen Auslegung darstellt (Primat der staatsvertragsautonomen Auslegung; Präambel Protokoll Nr. 2 aLugÜ und LugÜ). Stattdessen stellt es allein auf die schweizerische Binnensicht ab, aus welcher das Verfahren rein betreibungsrechtlicher Natur sei (BGE 136 III 566 E. 3.3).

## 2. Streitgegenstand der provisorischen Rechtsöffnung

Die Kategorie der Titelvollstreckungsverfahren nach Art. 22 Nr. 5 LugÜ ist restriktiv auszulegen (EuGH 26.3.1992, Reichert II, Rs. C-261/90; MARKUS, LugÜ 60 f. m.w.H.); im Fall einer Doppelnatur des Instruments schlägt die Waage zugunsten des Erkenntnisverfahrens aus. Der Streitgegenstand der provisorischen Rechtsöffnung ist in staatsvertragsautonomer Betrachtung zu einem wesentlichen Teil materiellrechtlich, denn er befasst sich mit dem Vorhandensein einer schriftlichen Schuldanerkennung nach materiellem Recht sowie mit den liquiden materiellrechtlichen Einreden des Schuldners (ANDREAS GÜNGERICH, in: M. OETIKER/

TH. WEIBEL, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Basel 2011, Art. 22 LugÜ N 80 f.). Eine isolierte, binnenverfahrensrechtliche Betrachtung des Instruments kann zwar die Sicht auf die Zusammenhänge verbauen: Das Rechtsöffnungsurteil erteilt in seinem Dispositiv provisorische Rechtsöffnung und beseitigt damit allein den schuldnerischen Rechtsvorschlag, die genannten materiellrechtlichen Themen werden lediglich als Vorfrage behandelt. Damit mag die Entscheidung vordergründig nur als zwangsvollstreckungsrechtliches Gestaltungsurteil angesehen werden. In einer funktionalen, übergreifenden Betrachtung sieht es aber grundlegend anders aus. Im Verein mit dem nach der Rechtsöffnung rechtskräftig gewordenen Zahlungsbefehl wird die Rechtsöffnungsforderung vollstreckbar (es sei denn, der Beklagte habe diese Vollstreckbarkeit verhindert, indem er innert zwanzig Tagen nach dem Rechtsöffnungsentscheid die Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 1–3 SchKG erhebt). Damit ist das Instrumenten-Duo des rechtskräftigen Zahlungsbefehl und der Rechtsöffnung im Zusammenwirken seiner Elemente auch und insbesondere als vollstreckbarer Leistungsbefehl zu beurteilen.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Aussage des Bundesgerichts, der Ausgang des provisorischen Rechtsöffnungsverfahrens «...beeinfluss(e) lediglich die Parteipollenverteilung für den materiellen Prozess...» (damit ist der Aberkennungsprozess gemeint; BGE 136 III 566 E. 3.3), als eine gewisse Verharmlosung des Instruments.

Die vorliegende Entscheidung steht denn auch in einem Spannungsfeld zur kurz danach ergangenen Entscheidung BGE 136 III 583: Während der vorliegende BGE davon ausgeht, die provisorische Rechtsöffnung sei ein Vollstreckungsverfahren (BGE 136 III 566 E. 3.3), erlaubt BGE 136 III 583 E. 2.2 den Parteien (unter gewissen Voraussetzungen), auf die provisorische Rechtsöffnung zugunsten eines Schiedsverfahrens gültig zu verzichten. Das Schiedsgericht kann deshalb zwar nicht etwa die provisorische Rechtsöffnung aussprechen, denn der rein zwangsvollstreckungsrechtliche Teil ihres Streitgegenstands, die Beseitigung des Rechtsvorschlags, kann nur durch Staatsgerichte entschieden werden (BGE 136 III 583 E.2.1). BGE 136 III 583 betrifft hingegen v.a. den materiellrechtlichen Teil des Streitgegenstands der provisorischen Rechtsöffnung und erkennt diesen als schiedsfähig. Das steht im Kontrast zum vorliegend kommentierten Bundesgerichtsentscheid, zumal ein überwiegend vollstreckungsrechtlicher Streitgegenstand keinesfalls als schiedsfähig beurteilt werden könnte. Art. 177 Abs. 1 IPRG erklärt vermögensrechtliche Ansprüche des *materiellen Rechts* als schiedsfähig, Art. 354 frei verfügbare Ansprüche des *materiellen Rechts* (vgl. URS WEBER-STECHER, in: K. Spühler/D. Tenchio/D. Infanger [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 354 ZPO N 34).

## 3. Titelproduktions- oder Titelvollstreckungsverfahren?

Nach dem Gesagten hat der provisorische Rechtsöffnungsentscheid im Gegenteil eine eigenständige Bedeutung als

vollstreckbarer Leistungstitel und ist deutlich mehr als blosse Weichenstellung für ein späteres Verfahren. Dementsprechend wird er denn auch im Ausland als Vollstreckungstitel nach LugÜ für vollstreckbar erklärt (OLG Düsseldorf 16.3.2004, I-3 W 373/03; MIGUEL SOGO, Internationale Vollstreckbarkeit provisorischer Rechtsöffnungsentscheide nach LugÜ, AJP/PJA 2005, 809 ff. m.w.H.; vgl. auch MARKUS, LugÜ 170 f.). Daran ändert nichts, dass das provisorische Rechtsöffnungsurteil nicht in materieller Rechtskraft erwächst. Die materielle Rechtskraft ist nämlich keine Voraussetzung für das Vorliegen einer Erkenntnisentscheidung nach LugÜ (FRIDOLIN WALTHER, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer [Hrsg.], Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 25 N 20, N 37; JAN KROPHOLLER/JAN VON HEIN, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. A., Frankfurt a. M. 2011, Art. 32 N 21; GERHARD WALTER, IZPR 428–432; vgl. a.M. JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGO RODRIGUEZ, Der unwidersprochene Zahlungsbefehl im revidierten Lugano-Übereinkommen, Jusletter 26.4.2010, Rz. 70).

Das LugÜ kennt nur zwei Arten von Verfahren: Verfahren zur Herstellung eines Vollstreckungstitels (Titelproduktionsverfahren), die den Zuständigkeiten für Erkenntnisverfahren unterstehen, und Titelvollstreckungsverfahren, die der Vollstreckungszuständigkeit von Art. 22 Nr. 5 LugÜ/Art. 16 Nr. 5 aLugÜ unterfallen, und in deren unmittelbarer Nähe die Exequaturverfahren stehen (Art. 38 ff. LugÜ; MARKUS, LugÜ 59 ff.). *Tertium non datur*.

Die provisorische Rechtsöffnung kommt nur als *Titelproduktionsverfahren* in Frage, das die Erkenntniszuständigkeiten des LugÜ zu respektieren hat. Ein Titel, der mittels provisorischer Rechtsöffnung vollstreckt würde, ist nämlich nicht in Sicht. Das Bundesgericht bezeichnet zwar den «provisorischen Rechtsöffnungstitel», die schriftliche Schuldanerkennung, als «Vollstreckungstitel» (BGE 136 III 566 E. 3.3). Es tut dies allerdings, ohne das System des LugÜ mit seinem *numerus clausus* der Vollstreckungstitel zu berücksichtigen: Allein gerichtliche Entscheidungen (oder Entscheidungsurrogate), gerichtliche Vergleiche und vollstreckbare öffentliche Urkunden sind als solche zugelassen (Art. 25, 50 und 51 aLugÜ; Art. 32, 57 und 58 LugÜ). Die schriftliche Schuldanerkennung ist als vollstreckbarer Titel im LugÜ nicht vorgesehen. Die provisorische Rechtsöffnung ist demnach kein Verfahren zur Beurteilung eines Vollstreckungstitels, was das Bundesgericht jüngst in einer anderen – zutreffenden – Entscheidung zur definitiven Rechtsöffnung selber bestätigt hat (BGer 15.11.2010, 5A\_260/2010 E. 3). Auch diese beiden kurz nacheinander erlassenen Entscheidungen stehen damit in einem Spannungsfeld zueinander.

Ein «sehr enger Bezug» der provisorischen Rechtsöffnungsverfahren zum Zwangsvollstreckungsverfahren, wie er vom Bundesgericht angeführt wird (BGE 136 III 566 E. 3.3), muss damit verneint werden (siehe dazu auch: MARKUS, LugÜ 66 ff., 176 f.; MARKUS, AJP 2006, 367 ff.). Dass die «Aneinanderreihung zweier materiellrechtlicher Verfahren» vom Bundesgericht nicht als sinnvoll kritisiert wird (BGE

136 III 566 E. 3.3), ändert daran nichts: Eine solche potentielle Abfolge zweier Erkenntnisverfahren ist nicht nur etwa bei der französischen «*référé provision*» in ähnlicher Konstellation durchaus vorgesehen (FABIENNE HOHL, La réalisation du droit et les procédures rapides, Fribourg 1994, N 514 f., Fn. 31, N 811 ff.), sondern findet sich z.B. auch im schweizerischen Recht im Verhältnis zwischen dem summarischen «Rechtsschutz in klaren Fällen» nach Art. 257 der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) und der potentiellen Überprüfung dieser Entscheidung im «ordentlichen» Zivilprozess. Diese Überprüfung bleibt für den Fall erhalten, dass das summarische Verfahren dem Kläger den Rechtsschutz nicht gewährt, zumal eine solche Entscheidung, die formal eine Prozessentscheidung (Nichteintreten) ist, keine materielle Rechtskraft entfaltet (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Der «Rechtsschutz in klaren Fällen» ist damit funktional ohne weiteres vergleichbar mit der provisorischen Rechtsöffnung.

#### 4. Folgen der Entscheidung

##### a. Bei Beurteilung des untitulierten und unwidersprochenen Zahlungsbefehls als Mahntitel und Entscheidungsurrogat

Die Entscheidung des Bundesgerichts ist noch unter der Herrschaft des aLugÜ (Art. 16 Nr. 5) ergangen. Sollte es diese Rechtsprechung weiter verfolgen, so dürfte sie heute unter dem revidierten LugÜ dennoch keine bedeutende Rolle mehr spielen. Nach vom Schreibenden vertretener Ansicht untersteht nach revidiertem LugÜ nämlich bereits der *unwidersprochene und untitulierte Zahlungsbefehl als Mahntitel* den Erkenntniszuständigkeiten, zumal das Einleitungsverfahren SchKG in staatsvertragsautonomer und rechtsvergleichender Sicht als *Mahnverfahren* zu qualifizieren ist (ausführlich MARKUS, Zahlungsbefehl als Mahntitel, 33 ff.). Art. 62 LugÜ dehnt den Begriff des «Gerichts» auf Verwaltungsbehörden aus. Damit erweitert er gleichzeitig den Begriff der gerichtlichen (Erkenntnis-) Entscheidung in Art. 32 LugÜ: Neu sind auch verwaltungsbehördliche Instrumente als «Entscheidungen» zu qualifizieren. Ähnliches bewirkt bereits das gesetzgeberische Gegenstück in der EuGVO (Verordnung [EG] Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [EuGVO]), Art. 62 EuGVO, indem es den von einer administrativen Vollstreckungsbehörde ausgestellten schwedischen Zahlungsbefehl als «Entscheidung» qualifiziert. Dementsprechend wurde die beispielhafte Aufzählung der Instrumente, die als «Entscheidung» nach Art. 32 LugÜ EuGVO gelten, um den «Zahlungsbefehl» erweitert. Hinzu kommt, dass die europäischen, schwedischen, deutschen und italienischen Mahnverfahren ähnliche Charakterzüge aufweisen wie das Einleitungsverfahren SchKG (Verordnung [EG] Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens [EuMVVO]; *Lag on betalningsföreläggande och handräckning* [1990:746], schwedisches



Gesetz über Zahlungsbefehl und Rechtshilfe, in Kraft seit dem 1. Januar 1992; deutsche Zivilprozessordnung [ZPO/D] und italienischer *Codice di Procedura Civile* [CPC/I]). Mit seinem ebenfalls einstufigen Aufbau ist v.a. das europäische Mahnverfahren dem schweizerischen im äusseren Ablauf sehr ähnlich (vgl. KROPHOLLER/VON HEYN, Einl. EuMVVO N 13, N 16). Die aus den genannten Verfahren hervorgehenden Mahntitel funktionieren – teils nach ausdrücklicher Regelung (Art. 6 Abs. 1 EuMVVO), teils nach Rechtsprechung des EuGH (EuGH 13.7.1995, *Hengst Import BV*, Rs. C-474/93; EuGH 16.6.1981, *Klomps*, Rs. 166/80; vgl. EuGH 14.10.2004, *Maersk*, Rs. C-39/02) – als *Entscheidsurrogate* und sind damit den Erkenntniszuständigkeiten der EuGVO unterworfen.

Deshalb kann auch in der Schweiz ein Zahlungsbefehl nur noch an einer schweizerischen Erkenntniszuständigkeit nach LugÜ ausgestellt werden, wenn er durch den Schuldner unwidersprochen geblieben ist und nicht selber bereits im Dienst der Vollstreckung eines Vollstreckungstitels steht (MARKUS, Zahlungsbefehl als Mahntitel, *passim*; gl. M. mit einer Begründung, die sich v.a. auf die internationale Vollstreckbarkeit des Zahlungsbefehls stützt: TANJA DOMEJ, Der «Lugano-Zahlungsbefehl» – Titellose Schuldbetreibung in der Schweiz nach der LugÜ-Revision, ZZPInt 2008, *passim*). Fehlt die LugÜ-Erkennniszuständigkeit für den Zahlungsbefehl, so gibt es damit in der Schweiz auch keine provisorische Rechtsöffnung (und auch keine Aberkennungsklage). Damit ist der internationalzuständigkeitsrechtliche Gleichklang zwischen LugÜ-Erkennniszuständigkeit und provisorischer Rechtsöffnung automatisch gewährleistet. Ist die Zahlungsbefehlszuständigkeit nach LugÜ in der Schweiz gegeben, so ist es von untergeordneter Bedeutung, ob die provisorische Rechtsöffnung am Betreibungsort nach den Art. 46 ff. SchKG oder an einer – ggf. und ausnahmsweise an einem anderen Ort in der Schweiz gelegenen – örtlichen LugÜ-Zuständigkeit durchgeführt wird. Hat der Beklagte und Schuldner seinen Wohnsitz in der Schweiz, so belässt Art. 2 LugÜ die örtliche Zuständigkeitsregeln ohnehin in der Hand des nationalen Rechts, also der Art. 46 ff. SchKG. Die Integration der provisorischen Rechtsöffnung ins Mahnkonzept spricht immerhin dafür, dass die provisorische Rechtsöffnung – unbesehen ihrer isolierten Qualifikation – am selben Ort stattfinden kann, an dem der Zahlungsbefehl ausgestellt wurde. Wegen der besonderen Natur der Aberkennungsklage und ihrem engen Bezug zur provisorischen Rechtsöffnung hat das Bundesgericht zudem richtig entschieden, dass diese auch unter dem LugÜ am Wohnsitz des Aberkennungsklägers eingereicht werden kann (BGE 130 III 285; dazu MARKUS, AJP/PJA 2006, 367 ff. m.w.H.). Hält das Bundesgericht diese Rechtsprechung zugunsten einer Umkehrung der Parteirollen aufrecht, so ist gewährleistet, dass der Schuldner die Aberkennungsklage nicht im Ausland einreichen muss und ihm damit sämtliche Prozessgefässe des schweizerischen Mahnverfahrens in der Schweiz zur Verfügung stehen.

Wird der vorstehend vorgeschlagenen Einordnung des Zahlungsbefehls unter die Erkenntniszuständigkeiten hingegen nicht gefolgt, so führt die Entscheidung des Bundesgerichts aber bei der Aberkennungsklage zu unbefriedigenden Ergebnissen: Die funktionale Einheit von provisorischer Rechtsöffnung und Aberkennungsklage wird zerschlagen, weil das LugÜ keinen gemeinsamen schweizerischen Gerichtsstand für die beiden Verfahren garantiert (vor dem Hintergrund auseinanderfallender Gerichtsstände der provisorischen Rechtsöffnung und der Aberkennungsklage: WEIBEL, BJM 2004, 175 f., 180 ff.; dazu ausführlich MARKUS, LugÜ 135 ff., 146; DERS., AJP/PJA 2006, 369 f.). Das damit vom Bundesgericht ausgelöste Konzept bringt den Schuldner in schwerwiegende Probleme und führt zu Ausländer- oder – je nach Ausgestaltung – zu Inländerdiskriminierung. Das sei nachstehend ausgeführt.

**b. Bei Beurteilung des untitulierten und unwidersprochenen Zahlungsbefehls als Vollstreckungsinstrument nach Art. 22 Nr. 5 LugÜ**

Wird der untitulierte Zahlungsbefehl entgegen der hier vertretenen Meinung als Vollstreckungsinstrument im Sinne von Art. 22 Nr. 5 LugÜ verstanden, so stellt sich die zuständigkeitsrechtliche Behandlung der provisorischen Rechtsöffnung und der Aberkennungsklage wie folgt dar: Zahlungsbefehl und provisorische Rechtsöffnung werden am schweizerischen Betreibungsort nach Art. 46 ff. SchKG ausgestellt, ungeachtet der LugÜ-Erkennniszuständigkeiten. Da die Aberkennungsklage unbestrittenermassen Erkenntnisverfahren nach LugÜ ist (BGE 136 III 566; BGE 130 III 285), können schweizerischer Betreibungsort und LugÜ-Gerichtsstand für die Aberkennungsklage ohne weiteres international auseinanderfallen. Es fragt sich sodann, wo die Aberkennungsklage eingereicht werden soll. Vor allem in Fällen, in denen der Schuldner oder gar beide Parteien ihren Wohnsitz im Ausland haben, müsste der Schuldner die Aberkennungsklage oft mangels schweizerischem LugÜ-Erkennnisgerichtsstand im Ausland anheben, und zwar jeweils grundsätzlich innert 20 Tagen (Art. 83 Abs. 2 SchKG; zu den beschränkten Möglichkeiten zur Verlängerung und Wiederherstellung der Frist vgl. Art. 33 SchKG). Dieses Vorgehen ist für den ausländischen Schuldner mit Unsicherheiten verknüpft: Wird das ausländische Gericht den schweizerischen – und an sich sinnvollen – Gedanken der Parteirollenumkehr teilen? Wird es ein ausreichendes Feststellungsinteresse des Klägers und Schuldners bejahen, auch wenn es die besonderen Mechanismen des schweizerischen Einleitungsverfahrens SchKG nicht kennt oder nicht in Betracht ziehen will? Im eher unwahrscheinlichen Fall, dass das Bundesgericht von seiner Rechtsprechung in BGE 130 III 285 abkehrt, und somit keine Parteirollenumkehr stattfindet, ergeben sich vergleichbare Probleme für den – in der Regel inländischen – Schuldner, der den Gläubiger an seinem ausländischen Wohnsitz zu suchen hätte, was zu einer deutlichen Inländerdiskriminierung führen würde (die Probleme für den Schuldner wären insofern noch verschärft,

als der schweizerische Aberkennungskläger nach dem Gesetzeswortlaut nicht von einer Fristverlängerung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 SchKG profitieren könnte).

Wird das untitulierte SchKG-Einleitungsverfahren unter dem LugÜ nicht als Mahnverfahren betrachtet und damit nicht den Erkenntniszuständigkeiten des LugÜ unterworfen, so führt dies im Verein mit der vorliegenden, kritisch betrachteten Rechtsprechung zur provisorischen Rechtsöffnung zu bedeutender prozessualer Rechtsunsicherheit für den Aberkennungskläger. Der Zwang, die Aberkennungsklage im Ausland zu erheben, hat eine internationale «*Prozessverzettelung*» zur Folge – was das Bundesgericht mit seiner Rechtsprechung in BGE 130 III 285 eigentlich ausdrücklich verhindern wollte (E. 5.3.3.; vgl. BGE 132 III 778 E. 2.1). Jeder Versuch, das schweizerische Doppelverfahren der provisorischen Rechtsöffnung und der Aberkennungsklage gerichtsstandsweise auseinander zu reissen, bringt zudem die erwähnten unlösbaren Diskriminierungsfragen mit sich. Die zuweilen erwogene Eröffnung eines Notgerichtsstands (Art. 3 IPRG) in der Schweiz für den Aberkennungskläger (PAUL VOLKEN, Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen [1993], SZIER 1994, 402; FRANÇOIS VOUILLOZ, Mainlevée provisoire et Convention de Lugano, RVJ 1994, 345, 347) ist kein Ausweg, weil das LugÜ als geschlossenes Gerichtsstandssystem in dieser Konstellation einen solchen nicht zulässt (KROPHOLLER/VON HEIN, vor Art. 2 N 17 ff.).

## 5. Schluss

Die Perspektive des dem SchKG übergeordneten Staatsvertragsrechts (Art. 30a SchKG) würde der Praxis die beschriebenen Probleme ersparen. Sollte das Bundesgericht die vorliegende, kritisch kommentierte Rechtsprechung weiterverfolgen, so bliebe aus derselben Perspektive wenigstens zu hoffen, dass das Bundesgericht und die übrigen europäischen Gerichte die Eigenschaft des schweizerischen Zahlungsbefehls als Mahntitel und Entscheidsurrogat anerkennen werden. Andernfalls bliebe wahrscheinlich allein übrig, die geschilderten Probleme gesetzgeberisch anzugehen.